

Walter Kälin
Urs Bolz
(Editeurs)

Manuel de droit constitutionnel bernois

Les Editions Paul Haupt Berne · Stuttgart · Vienne
Editions Stämpfli+Cie SA Berne

Publié avec le soutien généreux du Fonds de loterie du canton de Berne et l'aide de la Stiftung für Schweizerische Rechtspflege.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Manuel de droit constitutionnel bernois /
Walter Kälin ; Urs Bolz (ed.) –
Berne ; Stuttgart ; Vienne : Haupt ; Berne : Stämpfli, 1995
Dt. Ausg. u.d.T.: Handbuch des bernischen Verfassungsrechts
ISBN 3-258-05056-2 (Haupt)
ISBN 3-7272-9351-9 (Stämpfli)
NE: Kälin, Walter [Hrsg.]

Tous droits réservés
Copyright © 1995 by Paul Haupt Berne and Stämpfli+Cie AG Berne
Printed in Switzerland

Avant-propos

On dit parfois que toutes les époques ne sont pas propices à la rédaction d'une constitution cantonale, un processus qui nécessite un véritable élan, un «esprit de créateur». A en croire certains, les déchirements qui caractérisent notre époque font obstacle à l'instauration du consensus que doit refléter une constitution cantonale. Pareils arguments ont été avancés avant la votation sur la nécessité d'engager la révision totale de la Constitution cantonale.

Nous vivons, c'est indubitable, une époque de mutations et c'est peut-être une des raisons pour lesquelles une proportion non négligeable de Bernois et de Bernoises a voté pour la révision totale. Rédiger une nouvelle Constitution, c'est réviser ses propres opinions, c'est imprimer un nouveau cours et, partant, lever les incertitudes, c'est se montrer prêt à relever les défis de notre époque. Lorsque le peuple a chargé le Grand Conseil - et non une assemblée constituante - de réviser la Constitution, le législateur s'est trouvé confronté à la tâche la plus ambitieuse qui soit. Il n'avait plus à s'interroger sur le bien-fondé de la révision totale; il lui fallait accomplir sa mission, trouver des réponses positives aux interrogations d'aujourd'hui et poser les jalons de l'avenir. Et lorsque le résultat est sorti des urnes - quatre cinquièmes environ des Bernois et des Bernoises ont approuvé la Constitution -, le constituant a constaté avec satisfaction qu'il était parvenu malgré tout à réunir le consensus. En modelant le présent, il a permis à l'avenir d'échapper aux lois du hasard, il a redonné vie à la tradition bernoise.

La nouvelle Constitution est maintenant passée au crible par les spécialistes, l'application quotidienne du droit et la législation vont lui donner corps, le législateur va exploiter la liberté qu'elle lui laisse. Les Bernois et les Bernoises vont vivre avec elle et peut-être la modifieront-ils un jour ou l'autre.

Souhaitons que les révisions à venir soient guidées, comme l'a été réellement le parlement, par la volonté de fonder la Constitution sur la liberté, la responsabilité individuelle et le respect d'autrui au sein du canton de Berne et de la Confédération.

Rüti bei Büren, octobre 1994



Samuel Schmid
Président de la Commission de la révision constitutionnelle

revêt un caractère éminemment technique, qu'elle soit régie par des circonstances en constante évolution ou qu'elle soit de portée mineure¹¹⁵.

L'autonomie d'organisation du Conseil-exécutif n'empiète pas sur les compétences de contrôle et les possibilités d'influence du parlement. Celui-ci a à sa disposition les règles de la loi d'organisation, la compétence d'approuver le budget, la participation à la planification et la possibilité d'attribuer des mandats.

Traduction: Annie Bouix-Dumon

¹¹⁵Cf. à ce sujet art. 43 p-LOCA (cit. 82); partie II/art. 69, remarque 7.

JUSTICE

ULRICH ZIMMERLI ET REGINA KIENER

I. Introduction

1. Terminologie

Il appartient à la souveraineté des cantons en matière d'organisation qu'ils soient par principe fondés à exercer la justice sur leur territoire et à édicter des prescriptions sur l'organisation judiciaire. Conformément à la distinction développée par la doctrine de droit public entre droit constitutionnel au sens formel et au sens matériel¹, on entend par *droit constitutionnel de la justice au sens formel* le droit édicté dans la procédure particulière d'élaboration de la Constitution, contenu dans cette dernière et réglant le domaine de la justice². Dans ce sens, les art. 97 à 100 constituent le droit constitutionnel formel de la justice du canton de Berne. *Au sens matériel*, le droit constitutionnel de la justice désigne les normes sur l'organisation et les compétences des autorités de justice et les prescriptions sur l'organisation structurelle de la juridiction, qui ne doivent pas nécessairement être inscrites dans le document même de la Constitution³, mais qui sont contenues dans des lois spéciales d'organisation judiciaire et dans des règlements de tribunaux. Font aussi partie du droit constitutionnel de la justice *au sens large* certains principes constitutionnels ayant certes un rapport avec l'organisation judiciaire, mais conçus en même temps comme des garanties de droits fondamentaux dans les procédures judiciaires⁴; dans ce contexte, les garanties de procédure contenues à l'art. 6 CEDH sont particulièrement importantes, comme le principe de l'indépendance des tribunaux ou celui de la publicité des procédures judiciaires auxquels l'organisation judiciaire cantonale doit se conformer⁵. La réorganisation de l'administration de la justice et des tribu-

¹Cf. YVO HANGARTNER, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, vol. I, Zurich 1980, 25; ZACCARIA GIACOMETTI, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zurich 1941, 31s.; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 3e éd., Zurich 1993, nos 14ss; JEAN-FRANCOIS AUBERT, Traité de droit constitutionnel suisse, vol. I, Neuchâtel 1967, nos 256ss; KURT EICHENBERGER, Die Lage des Staats- und Verwaltungsrechts im Kanton Basel-Stadt, in: Kurt Eichenberger et al. (éd.), Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kanton Basel-Stadt, Bâle entre autres 1984, 21ss; IDEM, Kommentar KV Aargau, Aarau entre autres 1986, Einleitung nos 38ss.

²CHRISTINA KISS-PETER, Justizverfassung des Kantons Basel-Landschaft, th., Bâle 1993, 21.

³FRITZ FLEINER/ZACCARIA GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zurich 1949, 21.

⁴Cf. KISS-PETER (cit. 2), 21 avec renvois.

⁵Cf., à ce sujet, le rapport présenté le 21 avril 1994 par la Direction de la justice, des affaires communales et des affaires ecclésiastiques au Conseil-exécutif à l'intention du Grand Conseil concernant la réorganisation de l'administration de la justice et des tribunaux.

naux bernois, devenue nécessaire dans ce contexte, est rendue possible par la Constitution. Les normes constitutionnelles étant ouvertes, la réorganisation n'est toutefois pas complètement prédéterminée; la Constitution laisse au contraire de la marge au législateur.

Après un historique sommaire et un bref survol, nous traiterons ci-après avant tout des dispositions constitutionnelles sur l'indépendance des tribunaux (II.), des questions de l'indépendance des autorités de justice internes à l'administration (III.) et de la portée et des limites de la juridiction constitutionnelle cantonale (IV.).

2. Développement de la constitution bernoise de la justice

Le droit constitutionnel bernois de la justice est le résultat d'un processus dynamique qui a débuté avec la première Constitution bernoise de 1831 et qui prend fin provisoirement par la réglementation prévue dans la nouvelle Constitution cantonale. La Constitution du 31 juillet 1831 ne réglait la justice que de manière rudimentaire: le territoire cantonal était divisé en six «régions pénales», chacune siège d'un tribunal de première instance composé d'un président et de quatre membres; il y avait une cour d'appel pour le territoire de tout le canton⁶. La Constitution cantonale du 13 juillet 1846 créa, en plus des autorités judiciaires existantes, des «jurys» en matière criminelle pour les délits politiques et de la presse et divisa à cette fin le canton en cinq arrondissements. Par ailleurs, il était prévu que le Conseil-exécutif «statue en dernière instance sur toutes les contestations purement administratives qui ne rentrent pas dans la compétence des préfets», et les bases furent créées pour l'introduction d'un tribunal de commerce⁷. La Constitution du 4 juin 1893, en vigueur jusqu'à fin 1994, a en outre créé les bases pour la création d'un Tribunal administratif⁸. Dans le domaine de l'organisation judiciaire, cette Constitution a fait l'objet de diverses révisions. La révision partielle de 1907 a fixé les principes de l'organisation judiciaire qui devaient servir de guide pour les cent prochaines années⁹. En 1921, une autre révision créa la possibilité d'une part de réunir la fonction de président de tribunal et celle de préfet et d'autre part de confier à un même fonctionnaire l'exercice de la fonction de président de tribunal de plusieurs districts¹⁰. Une dernière révision eut lieu enfin en 1972 et créa la base pour l'instauration de tribunaux de mineurs¹¹.

⁶Bulletin des lois, décrets et ordonnances de la République de Berne, t. I, jusqu'à fin décembre 1831, 1ss.

⁷Bulletin des lois, décrets et ordonnances de la République bernoise, t. XVI, année 1846, 5s.

⁸RO BE I (1815-1900), 640ss.

⁹Art. 50ss et 56ss Const. BE 1907; révision partielle du 3 novembre 1907, RO BE II (1901-1916), 197s.

¹⁰Art. 10 en relation avec art. 11 al. 1 ch. 2 et art. 45 al. 2, 46 et 47 Const. BE 1921; art. 56 al. 2 Const. BE 1921; RO BE III (1917-1925), 519ss. Cf., à ce sujet, le décret du 23 février 1949 concernant l'organisation de la préfecture et de la présidence du tribunal dans le district de Signau (RO BE 1949, 53) et le décret du 16 novembre 1949 concernant l'organisation des fonctions de préfet et de président du tribunal dans le district de Wangen (RO BE 1949, 157). Cette réglementation s'est révélée contraire à la CEDH et a dû être abrogée.

¹¹RO BE 1972, 188.

Le droit constitutionnel formel ne pouvait et ne peut pas traiter complètement des détails de l'organisation, des attributions multiples des tribunaux et de la procédure applicable, mais doit se limiter à régler les principes. C'est pour cette raison que l'ordre établi par le droit constitutionnel est concrétisé par diverses lois formelles. Les plus importantes sont la loi sur l'organisation judiciaire qui règle l'organisation de la justice civile et pénale¹²; les compétences et la procédure applicable par les autorités compétentes sont définies dans les codes de procédure civile et de procédure pénale¹³. L'organisation, les compétences et la procédure de la justice administrative sont par contre réglées dans la loi - totalement révisée en 1961¹⁴ et 1989¹⁵ - sur la procédure et la juridiction administratives¹⁶.

3. Caractéristiques de la nouvelle constitution bernoise de la justice

Alors que les Constitutions de 1831, 1846 et 1893 (y compris la révision de 1907) ne réglaient la juridiction que dans les grandes lignes et laissaient à la loi le soin de la développer, les dispositions de la nouvelle Constitution font correspondre presque parfaitement le droit formel et le droit matériel de la justice. Tous les domaines de la juridiction sont nommés - tribunaux civils, pénaux et administratifs - et leurs organes, déterminés¹⁷. Ce faisant, la Constitution pose des jalons importants à l'attention du législateur en ne conservant pas les Cours d'assises ni les tribunaux civils de district¹⁸. Des fonctions juridictionnelles sont aussi attribuées à des autorités administratives: le Conseil-exécutif est institué comme instance de recours¹⁹, les préfets et les préfets octroient les autorisations et sont autorité d'approbation et de justice administrative²⁰. La Constitution ne détermine cependant pas quels sont les litiges attribués aux tribunaux indépendants de l'administration et quels sont ceux qui le sont aux autorités de justice internes à l'administration, mais laisse le soin de trancher au législateur²¹, à qui il appartient de concrétiser dans la loi au sens formel

¹²Loi du 31 janvier 1909 sur l'organisation judiciaire (LOJ), RO BE t. II (1901-1916), 248ss; RSB 161.1.

¹³Code de procédure civile du 7 juillet 1918 (CPC), RSB 271.1; Code de procédure pénale du canton de Berne du 20 mai 1928 (CPP), RSB 321.1. Les deux codes ont fait l'objet de nombreuses modifications (cf. annexe I au CPC, annexe I au CPP).

¹⁴RO BE 1961, 235 (révision partielle 1971, RO BE 1971, 255). Cf., à ce sujet, FRITZ GYGI/RUDOLF STUCKI, Handkommentar zum bernischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Berne 1962.

¹⁵RSB 155.21. Cf. le rapport de la Direction de la justice au Conseil-exécutif à l'intention du Grand Conseil concernant la révision totale de la LPJA du 13 septembre 1988, Journal 1988, annexe 5. En outre, ARTHUR AESCHLIMANN, Vor dem Übergang zum neuen Verwaltungsrechtspflegesetz, JAB 1989, 375ss. Malgré la teneur de l'art. 40 de la Constitution de 1893, le législateur se décida, en réglant les attributions du tribunal administratif, à opérer un changement fondamental de méthode en introduisant - de manière analogue à la réglementation de niveau fédéral (art. 97ss OJ, RS 173.110) - la clause générale.

¹⁶Loi du 31 octobre 1909 sur la justice administrative (LJA), RO BE II (1909-1916), 372ss. Furent instaurés comme autorités de justice administrative le Conseil-exécutif, les Directions, les préfets, des commissions spéciales et un tribunal administratif; le Grand Conseil était aussi autorité de justice administrative, mais sans être cependant soumis à la loi (art. 1 LJA 1909).

¹⁷Art. 98ss.

¹⁸Cf. partie II/art. 98 et 99; cf. aussi rapport I/118.

¹⁹Art. 90 lit. f.

²⁰Art. 93 al. 3 lit. c.

²¹Art. 26 al. 1; art. 90 lit. f; art. 93 al. 3 lit. c.

l'organisation et les attributions de toutes les autorités de justice²². En plus des grandes lignes de l'organisation judiciaire, la Constitution consacre aussi des principes de procédure particulièrement importants²³ et crée une forme spécifiquement bernoise de juridiction constitutionnelle²⁴.

La Constitution ne change pas la division du territoire cantonal en *districts*²⁵. La répartition du territoire cantonal en districts remonte à la période de l'Acte de médiation: les districts avaient été introduits en 1803, comme de simples unités administratives pour rationaliser l'administration cantonale²⁶. Les districts existent ainsi depuis près de 200 ans et ont, au cours de cette période, surmonté de sérieux efforts de réforme²⁷. La juridiction de première instance ne fut toutefois jamais complètement laissée aux autorités de district: la Constitution de 1831 partageait déjà le territoire cantonal en six «régions pénales» et instaurait pour chacune d'entre elles un tribunal de district. Pour les Cours d'assises, il y a, selon la réglementation en vigueur, cinq arrondissements d'assises²⁸, et pour la juridiction commerciale, le canton forme un seul arrondissement²⁹. Selon la nouvelle Constitution, les districts constituent la base des cercles électoraux pour l'élection du Grand Conseil (art. 73 al. 2) et sont généralement les arrondissements administratifs du canton (art. 93 al. 1). Les districts sont aussi en principe maintenus comme arrondissements judiciaires³⁰. La Constitution donne cependant la possibilité au législateur de s'écarter de la traditionnelle superposition des arrondissements judiciaires et des districts et de réunir plusieurs districts en un arrondissement judiciaire (art. 97 al. 3)³¹. Cette réglementation est non seulement bienvenue, mais elle est aussi nécessaire parce que les exigences posées par la CEDH, en particulier au sujet des incompatibilités personnelles des autorités judiciaires³², ne pourraient être respectées aujourd'hui, notamment dans les petits districts, que moyennant des charges de personnel disproportionnées³³.

²²Cf. art. 69 al. 4.

²³Cf. art. 25, 26 et 97 al. 1 et 2.

²⁴Art. 66 al. 3.

²⁵Cf. art. 3. Le Tribunal fédéral reconnaît du reste aussi que la vie politique du canton de Berne ne peut pratiquement plus faire abstraction des districts: Arrêt du 8 décembre 1993 (1P.671/1992/fr.), 10.

²⁶HANS WEIERMANN, *Der Regierungstatthalter als Administrativ- und Administrativjustizorgan der bernischen Staatsverwaltung*, th., Berne 1923, 22ss, 29. Cf. aussi K. GEISER, *Introduction à la Constitution du canton de Berne* du 4 juin 1893, 3.

²⁷WEIERMANN (cit. 26) 61ss.

²⁸Art. 20 LOJ.

²⁹Art. 65 LOJ.

³⁰Art. 97 al. 3. Le canton de Berne compte actuellement 26 districts. Cf. aussi le décret du 16 novembre 1939 sur la circonscription du canton de Berne en 27 districts, RSB 105.31, et art. 135 de la Constitution du 4 juin 1893.

³¹Cf. le rapport présenté le 21 avril 1994 par la Direction de la justice, des affaires communales et des affaires ecclésiastiques au Conseil-exécutif à l'intention du Grand Conseil concernant la réorganisation de l'administration de la justice et des tribunaux. Il est prévu de remplacer les tribunaux de district actuels par 13 arrondissements judiciaires et quatre services régionaux de juges d'instruction. Cf. en outre le rapport présenté le 21 avril 1994 par la Direction de la justice, des affaires communales et des affaires ecclésiastiques au Conseil-exécutif à l'intention du Grand Conseil concernant la loi sur l'organisation des juridictions civile et pénale (LOJ).

³²Cf., à ce sujet, ci-après, ch. II/3.

³³Rapport I/118. Cf. aussi partie II/art. 97, remarque 6.

Ce survol le montre, la nouvelle constitution de la justice représente un système de normes relativement *ouvertes*. A l'exception des droits fondamentaux de procédure, qui sont bien entendu influencés par les exigences minimales du droit constitutionnel supérieur (Constitution fédérale, CEDH) et qui continueront d'être détaillés par la jurisprudence des autorités compétentes (Tribunal fédéral, organes conventionnels), l'ordre fondamental de droit constitutionnel nécessite toujours une interprétation et une différenciation relevant de l'évaluation du législateur³⁴.

II. A propos de l'indépendance des tribunaux (art. 26 al. 1 et 97 al. 1)

1. Champ d'application

Dans la mesure où la Constitution institue des autorités judiciaires à proprement parler pour trancher des contestations juridiques, elle les oblige à l'indépendance et à l'impartialité³⁵. Sont considérées comme autorités judiciaires non pas toutes les autorités de justice, mais seulement les autorités de la juridiction civile et pénale nommées aux art. 98ss, le Tribunal administratif et les autorités judiciaires particulières de la juridiction administrative comme les commissions de recours ou les tribunaux d'expropriation³⁶. Les autorités de justice internes à l'administration (comme le Conseil-exécutif et les instances qui en dépendent, mais aussi le Grand Conseil, dans la mesure de ses fonctions de justice) sont ainsi exclues du champ d'application des art. 26 al. 1 et 97 al. 1.

Des garanties constitutionnelles minimales à propos de l'indépendance des tribunaux découlent de l'art. 58 Const. féd. et de l'art. 6 CEDH³⁷. Quant à elle, la garantie conventionnelle reconnaît expressément le droit à un tribunal indépendant s'il s'agit d'une procédure civile ou pénale selon l'art. 6 ch. 1 CEDH; sous cet angle, la prérogative constitutionnelle de droit cantonal correspond aux garanties de la CEDH et à celles de la Constitution fédérale³⁸. Dans la mesure cependant où la Constitution cantonale garantit aussi l'indépendance des autorités chargées de la justice administrative et où celles-ci ne traitent *pas* d'affaires civiles ou pénales au sens de l'art. 6 ch. 1 CEDH (cf. art. 100), elle garantit un droit fondamental *plus large* que le droit conventionnel et ainsi *indépendant* par rapport à ce dernier.

La réglementation constitutionnelle reflète bel et bien aussi la double fonction de l'indépendance judiciaire: alors que l'art. 26 al. 1 fonde le droit à des juges indé-

³⁴Cf. aussi rapport I/99s., 118ss.

³⁵Art. 26 al. 1, art. 97 al. 1.

³⁶De par sa place dans la systématique, l'art. 97 al. 1 ne s'applique qu'aux *tribunaux*. L'art. 26 al. 1 ne parle également que de «juges» et est circonscrit en plus par l'art. 26 al. 2 qui, au contraire, fixe des garanties procédurales pour *toutes les procédures*; cf. aussi rapport I/78.

³⁷Au sujet du rapport entre l'art. 58 Const. féd. et l'art. 6 CEDH, cf. l'arrêt de principe ATF 91 I 405; depuis lors, notamment ATF 114 Ia 54 et enfin ATF 119 Ia 226 cons. 3.

³⁸La question de savoir si l'art. 58 contient la garantie d'un juge *administratif* indépendant et dépasse ainsi l'art. 6 ch. 1 CEDH n'est pas discutée ouvertement par la jurisprudence et la doctrine; il faut toutefois répondre par l'affirmative dans la mesure où le législateur fédéral prescrit aux cantons d'instaurer des autorités judiciaires indépendantes de l'administration en matière de justice administrative (art. 98a OJ).

pendants et impartiaux comme une *garantie fondamentale de procédure*, l'art. 97 al. 1 consacre l'indépendance des tribunaux comme une *garantie institutionnelle*.

2. Indépendance institutionnelle

La Constitution cantonale protège l'indépendance institutionnelle des tribunaux à l'art. 97 al. 1 et, par cette protection contre une influence extérieure, concrétise le principe de la séparation des pouvoirs sur le plan de l'organisation³⁹. En tant que détenteurs de fonctions, les tribunaux civils, pénaux et administratifs sont, sur le plan de l'organisation, séparés des autres autorités cantonales et leur indépendance est assurée par de strictes incompatibilités personnelles⁴⁰. En raison de l'indépendance institutionnelle des autorités judiciaires, personne ne peut leur dicter la manière dont elles doivent trancher ni annuler leurs jugements; en outre, l'exécution des jugements doit par principe rester garantie⁴¹. Les autorités désignées comme tribunaux par la Constitution sont institutionnellement indépendantes pour autant que le développement par la loi de leur organisation satisfasse aux exigences suivantes⁴²: Les membres du tribunal doivent être de véritables *juges*⁴³, le tribunal doit être constitué pour une *période fixe mais limitée dans le temps* et les juges doivent pouvoir, pendant la durée ordinaire de leur mandat, n'être démis de leurs fonctions qu'exceptionnellement et après une procédure complexe⁴⁴. En particulier, le tribunal doit pouvoir juger *sans devoir suivre les injonctions* du gouvernement, du parlement ou de l'administration. L'*autorité qui élit les juges* doit en principe être le parlement; mais la nomination par le gouvernement et l'élection populaire n'excluent pas l'indépendance⁴⁵. L'art. 77 n'attribue cependant pas de compétence électorale au Conseil-exécutif, mais désigne soit le Grand Conseil, soit le peuple comme compétent pour l'élection⁴⁶.

³⁹Art. 66. Au sujet de l'indépendance institutionnelle, cf. KURT EICHENBERGER, Die richterliche Unabhängigkeit als staatliches Problem, Berne 1960, 64ss; ALFRED KÖLZ, Commentaire Const. féd., art. 58, no 31; ATF 114 Ia 55 cons. c.

⁴⁰Art. 68; cf. rapport I/118.

⁴¹L'octroi de la grâce, l'assouplissement du régime d'exécution de la peine, l'omission d'une exécution faute de requête correspondante ne sont au fond pas des renoncements à l'exécution. Cf. EICHENBERGER (cit. 1), § 95, no 4.

⁴²Cf. MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, Zurich 1993, 244s.; HERBERT MIEHSLER/THEO VOGLER, Internationalen Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Cologne entre autres 1986, art. 6, no 295, de même que les éléments donnés par TOMAS POLEDNA, Praxis zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Zurich 1993, 96ss.

⁴³Toutefois, des représentantes ou représentants d'une profession déterminée peuvent appartenir à un tribunal (cf. VILLIGER, cit. 42, 244, avec les éléments donnés à la note de bas de page no 19); c'est pourquoi, la composition du tribunal de commerce avec des commerçants n'est pas contraire à ce principe (cf. art. 66 LOJ).

⁴⁴La non-réélection à la fin d'une période de fonction doit être admissible, ce qui toutefois cause des problèmes en cas d'élection des juges par le peuple, car une procédure «dénudée d'arbitraire» n'est pas assurée. L'élection par le Grand Conseil offre de meilleures garanties que la procédure est conforme à l'Etat de droit.

⁴⁵Cf., à ce sujet, le message du Conseil fédéral du 18 mars 1991 concernant la modification de la loi fédérale d'organisation judiciaire, FF 1991 II 518s. avec d'autres renvois; en outre, VILLIGER (cit. 42), 244 avec les éléments donnés dans la note 20.

⁴⁶Cf. Partie II/art 77, remarque 6.

La *surveillance parlementaire* sur les *tribunaux suprêmes* (art. 78) touche non seulement à la séparation des pouvoirs, mais également à l'indépendance organique des tribunaux. Elle ne va pas en principe à l'encontre de l'indépendance des juges, dans la mesure où elle se limite à la gestion externe et administrative et partant à l'examen de la «régularité formelle» de la jurisprudence⁴⁷. La surveillance parlementaire n'entraîne cependant pas une compétence de corriger matériellement des jugements; le parlement n'est pas non plus habilité à réprimander les tribunaux pour leurs jugements⁴⁸: la surveillance parlementaire donne le droit au parlement de s'informer et de critiquer, mais pas du tout le droit de rendre la justice; le Grand Conseil ne peut invoquer son droit de surveillance pour modifier une décision ou un autre acte accompli conformément aux compétences d'une autorité judiciaire⁴⁹. Cela vaut en particulier aussi lorsqu'il s'agit de la surveillance d'une procédure encore pendante⁵⁰. Il est possible par contre de prendre connaissance du contenu d'une procédure terminée dans la mesure où cela permet au législateur d'opérer un *contrôle de résultat et d'efficacité*, soit d'examiner si les actes normatifs du parlement se prêtent à l'exécution, et donc lorsque le parlement est appelé à engager sa responsabilité de législateur⁵¹.

3. Impartialité

L'art. 26 al. 1 garantit à chacun le droit intangible à des juges *impartiaux* et reprend ainsi les garanties de l'art. 58 Const. féd. et de l'art. 6 CEDH dans le catalogue cantonal des droits fondamentaux⁵². Formulée comme un droit fondamental, la garantie de l'indépendance du juge exige la protection personnelle des autorités judiciaires. Elle empêche la partialité dans les circonstances concrètes, contribue à l'ouverture de la procédure, indispensable pour un procès correct et équitable, et

⁴⁷JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Commentaire Const. féd., art. 85 ch. 11, nos 181ss; HÄFELIN/HALLER (cit. 1), no 747; FLEINER/GIACOMETTI (cit. 3), 532s.; PHILIPPE MASTRONARDI, Kriterien der demokratischen Verwaltungskontrolle, Bâle entre autres 1991, 131. Cf. ATF 117 Ia 458 cons. 4.

⁴⁸Le Conseil des Etats s'est écarté de ce principe en faisant d'un arrêt du Tribunal fédéral (ATF 116 Ia 252ss; «arrêt du crucifix») l'objet d'une interpellation (BO CE 1991, 164ss).

⁴⁹AUBERT (cit. 47), no 181. Cf. KISS-PETER (cit. 2), 62s.

⁵⁰A propos d'une pratique divergente des Commissions de gestion de la Confédération, cf. MASTRONARDI (cit. 47), 132.

⁵¹KURT EICHENBERGER, Sonderheiten und Schwierigkeiten der richterlichen Unabhängigkeit in der Schweiz, in Richard Frank (éd.), Unabhängigkeit und Bindungen des Richters, supplément à la RDS, fascicule 12, 57ss, 64. MASTRONARDI (cit. 47), 133.

⁵²Les auteurs suivants offrent un premier survol du débat scientifique concernant la portée de la CEDH pour la Suisse: MARK E. VILLIGER (cit. 42 avec indications bibliographiques dès la p. XXIX); ARTHUR HAEFLIGER, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, Berne 1993 (avec indications bibliographiques, 375ss, 380ss); POLEDNA (cit. 42) avec de vastes indications bibliographiques aux pages 5s. et 56s.; cf. depuis lors en particulier ANDREAS KLEYSTRULLER, Der Anspruch auf richterliche Beurteilung «zivilrechtlicher» Streitigkeiten im Bereich des Verwaltungsrecht sowie von Disziplinar- und Verwaltungsstrafen gemäss Art. 6 EMRK, PJA 1994, 23ss; IDEM, Art. 6 EMRK als Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt, Zurich 1993, de même que ULRICH ZIMMERLI, EMRK und schweizerische Verwaltungsrechtspflege, in: Aktuelle Probleme der Europäischen Menschenrechtskonvention, Zurich 1994. Cf. aussi KÖLZ (cit. 39), art. 58; JÖRG PAUL MÜLLER, Die Grundrechte der Schweizerischen Bundesverfassung, Berne 1991, 309ss. Au sujet de la relation entre l'art. 6 ch. 1 CEDH et l'art. 58 Const. féd.: ATF 119 Ia 16 cons. 3a, 227 cons. 5; 118 Ia 214 cons. 2d; 117 Ia 325; 116 Ia 486 cons. 2 b.

permet ainsi sa conformité à l'Etat de droit et partant une juste procédure⁵³. Pour la jurisprudence fédérale, il y a défaut d'indépendance et, partant, partialité lorsque «... se présentent des circonstances propres à éveiller le doute sur l'impartialité d'un juge. De telles circonstances peuvent être fondées soit par un comportement personnel déterminé du juge concerné, soit par certaines données fonctionnelles ou d'organisation ...» (trad.)⁵⁴. Le Tribunal fédéral a concrétisé cette formule descriptive dans une abondante jurisprudence influencée par celle des organes de Strasbourg. Il s'est occupé, de manière particulièrement détaillée et avec de lourdes conséquences pour le droit cantonal d'organisation judiciaire, de ce qu'on appelle le «*traitement préalable*» par le juge pénal. Le traitement préalable ne justifie en principe pas d'obligation de se récuser; en tout cas pas lorsque, en ce qui concerne les faits concrets et la question juridique à trancher concrètement, la procédure apparaît comme *ouverte et non préjugée* malgré le traitement préalable. A ce sujet, il faut tenir compte des aspects suivants:

- les *circonstances de fait et du droit procédural* dans lesquelles les juges se sont saisis et se saisiront ultérieurement de l'affaire,
- la *nature des questions* qui doivent être tranchées dans les diverses phases de la procédure et le degré de leur ressemblance,
- l'ampleur de la *marge d'appréciation* lors du jugement des questions juridiques se posant dans les diverses phases de la procédure et
- la *signification* des décisions pour l'avancement de la procédure⁵⁵.

Outre un grand nombre de cas de traitement préalable admissible⁵⁶, le Tribunal fédéral a désigné diverses formes d'union personnelle comme *non conformes ou seulement relativement conformes à la Constitution*⁵⁷.

Le droit cantonal d'organisation judiciaire doit en particulier proscrire les constellations suivantes⁵⁸:

- union personnelle procureur général/juge pénal appelé à statuer⁵⁹;

⁵³ATF 114 Ia 55.

⁵⁴ATF 118 Ia 286; cf. ATF 119 Ia 57, 226 cons. 3; 117 Ia 173 cons. 3a, 184 cons. b, 325 cons. 2; 116 Ia 486 cons. 2b; 115 Ia 175 cons. 3; 114 Ia 50ss cons. 3b, 155 cons. 3; 112 Ia 290ss. Cf. aussi KÖLZ (cit. 39), nos 16ss, 56ss.

⁵⁵ATF 117 Ia 185; 116 Ia 34 cons. 3a, 184 cons. b; 115 Ia 38; 114 Ia 53 cons. 3b, 145.

⁵⁶ATF 117 Ia 326 (participation antérieure du juge du fond à l'examen d'une demande de récusation présentée par l'accusé, dirigée contre un autre tribunal), cf. par contre ATF 114 Ia 156 cons. aa (participation du juge du fond à une décision relative à une demande de récusation dirigée contre lui-même); ATF 116 Ia 138 cons. 3a, b. (rejet d'une réquisition de preuve lors de la préparation des débats, qui est renouvelée à l'audience principale); ATF 116 Ia 34 cons. 3 (participation de juges, après qu'ils ont statué par défaut, aux délibérations alors que l'affaire est rejugée en procédure ordinaire); ATF 116 Ia 30 cons. 2a, cf. aussi ATF 115 Ia 404 cons. 3, ATF 114 Ia 145 cons. b (participation au nouveau jugement de l'affaire des membres du tribunal ayant pris part au jugement annulé; apparence de prévention admise dans un cas particulier dans ATF 116 Ia 30 cons. 2b); ATF 116 Ia 19 cons. 5 (ordonnance de mesures procédurales dans le procès pénal); ATF 115 Ia 37 cons. 2c (participation antérieure à un jugement contre un autre inculpé, qui se fondait en partie sur le même contexte de faits).

⁵⁷Cf. aussi les renvois chez VILLIGER (cit. 42), 246ss, nos 417ss.

⁵⁸Cf. à ce sujet la réorganisation en cours de l'administration de la justice et des tribunaux (voir cit. 31); sur la jurisprudence des organes de la convention et du Tribunal fédéral, cf. les éléments donnés par POLEDNA (cit. 42), 107ss.

⁵⁹Piersack c. Belgique, EuGRZ 1985, 301 (présidence d'une Cour d'assises par un juge qui avait préalablement présidé la section du ministère public chargée du cas en question); cf. aussi ATF

- union personnelle juge d'instruction/juge pénal appelé à statuer⁶⁰;
- union personnelle juge du mandat de répression/juge du fond en procédure ordinaire⁶¹;
- union personnelle juge de renvoi/juge pénal appelé à statuer⁶².

L'union personnelle du *juge de l'arrestation et du juge du fond* ne fonde par contre en règle générale pas de cas de traitement préalable⁶³; il en va de même selon la jurisprudence du Tribunal fédéral si le juge de l'arrestation participe ensuite à une décision sur une demande d'indemnité en raison d'une détention injustifiée⁶⁴. La question de savoir si l'union personnelle du *préfet et du président de tribunal* est contraire à la Constitution n'a jusqu'à présent pas fait l'objet d'une décision, mais si l'on se réfère aux critères de la jurisprudence sur le traitement préalable⁶⁵, il faut y répondre par l'affirmative. Partant de ce point de vue, la Constitution prononce expressément, à l'art. 68 al. 2, l'incompatibilité de telles fonctions⁶⁶.

117 Ia 159 cons. 2 (participation en qualité de juge suppléant extraordinaire au Tribunal pénal économique de celui qui avait déjà pris part à la même affaire en qualité de procureur général du canton de Berne).

⁶⁰Arrêt de principe De Cubber c. Belgique, Series A no 86 = EuGRZ 1985, 407. ATF 115 Ia 220 cons. 5, 6, 227 cons. 6, 7; 114 Ia 148 cons. 5a; 114 Ia 277 cons. b; 113 Ia 73 cons. 2; 112 Ia 300 cons. 5b; cf. aussi l'arrêt du TF dans EuGRZ 1986, 674 cons. 4 cons. de même que l'arrêt non publié du 9 janvier 1987 concernant le canton de Berne (P1319/86/ae).

⁶¹ATF 114 Ia 150 cons. 7.

⁶²L'union personnelle a été admise entre le juge bernois de renvoi et le juge unique (ATF 114 Ia 149 cons. b); de même, lorsque siègent en appel les mêmes juges de la Cour suprême bernoise qui ont déjà participé à la décision de renvoi de la Chambre d'accusation quant aux chefs d'accusation dans lesquels le juge d'instruction et le procureur général n'avaient pas pu s'entendre (ATF 114 Ia 140 cons. 4); l'admissibilité a été niée dans le cas du juge de la Cour suprême zurichoise statuant en première instance, qui a antérieurement, à titre de membre de la Chambre d'accusation, admis l'accusation et renvoyé l'accusé (ATF 114 Ia 66 cons. 5), tout comme dans le cas d'une union personnelle entre juge d'instruction, autorité de renvoi et président de tribunal dans le canton des Grisons (ATF 114 Ia 277 cons. b).

⁶³Hauschildt c. Danemark, Series A no 154 (juge du fond qui a ordonné la détention préventive, mais qui n'a pas dirigé l'instruction en vue du renvoi au tribunal); ATF 117 Ia 183 cons. 3. Cette sorte d'union personnelle a été considérée comme inadmissible dans l'ATF 115 Ia 180 cons. 3 (participation du président du tribunal d'Uri à des décisions concernant la prolongation de la détention préventive).

⁶⁴ATF 116 Ia 391 cons. b; critique à ce sujet, JÖRG PAUL MÜLLER, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 1990, RSJB, 1992, 454s. Cf. récemment également ATF 119 Ia 226 cons. 3 (juge du fond qui statue ultérieurement sur une demande d'indemnité pour détention injustifiée).

⁶⁵Dans l'arrêt non publié de la IIe Cour civile du Tribunal fédéral du 8 décembre 1986 dans la cause E, la question a été soulevée pour la procédure de levée d'une tutelle, mais elle a été laissée ouverte. Un recours pour violation de l'art. 6 ch. 1 CEDH a été considéré par le Tribunal fédéral comme «non dépourvu, de prime abord, de chances de succès».

⁶⁶La Constitution prévoit la suppression du double mandat d'ici au 31 décembre 1998: art. 130 al. 4. L'ordonnance sur l'adaptation des compétences des autorités judiciaires civiles à la CEDH (du 21 avril 1993, Bulletin des lois 1993, 305 pas encore dans le RSB) a réorganisé, la procédure pour les affaires de tutelle en ce sens que les décisions et jugements du préfet ou de la préfète peuvent être désormais soumis à la Cour d'appel de la Cour suprême en lieu et place du tribunal de district.

4. Constitution de la justice et répartition légale des compétences

La constitution formelle de la justice se limite à désigner les organes reconnus comme autorités judiciaires; l'attribution des matières aux autorités de justice et leur limitation réciproque est, comme la réglementation de la procédure, réservée au législateur. L'art. 58 Const. féd. ne prescrit certes ni une organisation judiciaire ni une procédure judiciaire déterminées aux cantons; ils peuvent ainsi décider librement s'ils veulent instaurer des tribunaux pour traiter certaines questions de droit ou s'ils veulent laisser aux autorités administratives le soin de les régler⁶⁷. L'autonomie des cantons en matière d'organisation est cependant limitée par diverses restrictions de lois fédérales⁶⁸ et tout particulièrement aussi par l'art. 6 ch. 1 CEDH. Cette norme de la convention exige pour le jugement d'un litige un tribunal indépendant et impartial, à condition qu'il s'agisse, dans le cas litigieux, de *droits et obligations de caractère civil* ou d'*accusations en matière pénale*.

La conception des «Civil Rights»⁶⁹ développée par les organes conventionnels et le Tribunal fédéral⁷⁰ s'est répercutée sur le droit national, entre autres en relation avec l'affiliation juridique de l'activité professionnelle et industrielle privée, de la responsabilité de l'Etat et des assurances sociales⁷¹. La jurisprudence des organes de la CEDH est particulièrement abondante et produit des effets importants sur l'organisation judiciaire cantonale dans le domaine d'application de la *garantie de la propriété*⁷². Le Tribunal fédéral a admis l'applicabilité de l'art. 6 CEDH dans les cas suivants: procédures d'expropriation et de fixation de l'indemnité d'expropriation⁷³, examen des plans qui confèrent le droit d'exproprier⁷⁴, actes préparatoires pour l'accomplissement d'une procédure d'expropriation⁷⁵, procédures concernant l'exercice d'un droit de préemption légal de la collectivité⁷⁶, procédures concernant la réalisation d'un remaniement parcellaire et la délimitation du périmètre⁷⁷, classement d'un bâtiment précieux d'un point de vue architectural comprenant une salle de

⁶⁷Cf. KÖLZ (cit. 39), no 66 avec d'autres renvois.

⁶⁸Est particulièrement importante l'obligation des cantons d'instituer, dans la justice administrative, des tribunaux comme instances inférieures au Tribunal fédéral (art. 98a OJ).

⁶⁹Cf. les éléments donnés sur la portée de la garantie chez POLEDNA (cit. 42), 66ss ou VILLIGER (cit. 42), 224ss, nos 374ss, HAEFLIGER (cit. 52), 127ss de même que le résumé de la jurisprudence dans l'ATF 119 Ia 92 cons. b.

⁷⁰Le Tribunal fédéral interprète la notion de droits et contestations de caractère civil de manière aussi large que les organes de la convention, cf. ATF 119 Ia 92, confirmé dans ATF 119 Ia 321ss = Pra 93/1994 no 51.

⁷¹Cf. les éléments donnés par VILLIGER (cit. 42), 228ss; KLEY-STRULLER (cit. 52, PJA), 28ss; HAEFLIGER (cit. 52), 113ss; de même que le survol dans l'ATF 117 Ia 383s. ou VPB 1993 no 59, 60; enfin, ATF 119 Ia 225.

⁷²Cf. les éléments donnés par VILLIGER (cit. 42), 228, no 381; POLEDNA (cit. 42), 68; ZIMMERLI (cit. 52), 37ss et les arrêts cités dans l'ATF 117 Ia 383s. et dans JAB 1993, 395s.

⁷³P. ex. ATF 116 Ib 56, 174, 153; 115 Ia 67ss; 115 Ib 18, 414.

⁷⁴ATF 118 Ia 331 concernant les plans de protection des rives; ATF 118 Ia 223 concernant un plan de quartier; ATF 118 Ia 372 concernant un plan d'alignement routier; ATF 120 Ia 19ss concernant un plan d'ouvrage.

⁷⁵ATF 116 Ib 174 concernant des essais de forage pour la décharge de déchets spéciaux.

⁷⁶ATF 114 Ia 19.

⁷⁷ATF 118 Ia 353; 117 Ia 382.

cinéma-théâtre⁷⁸ ou refus, après-coup, d'un permis de construire lié à une décision de démolition⁷⁹. Avec l'arrêt *Editions Périoscope*⁸⁰, une nouvelle phase de la jurisprudence relative à l'art. 6 CEDH a bien été introduite en 1992, lorsque la Cour arrêta «que l'objet de la demande... concernait une affaire patrimoniale et que la demande se fondait sur une prétendue violation de droits qui étaient en même temps des droits patrimoniaux. Le droit en question était dès lors un 'Civil Right', indépendamment du motif de la contestation et du fait que les tribunaux administratifs étaient compétents...». Si les organes de la convention s'en tiennent à la nouvelle jurisprudence, *chaque différend pécuniaire et patrimonial* entre l'Etat et un individu devra être reconnu comme de caractère civil. Ainsi de nombreuses contestations attribuées traditionnellement au droit administratif selon l'acception bernoise relèveront désormais de l'art. 6 CEDH⁸¹. Ne tombent actuellement *pas* dans le champ d'application de l'art. 6 CEDH les procédures concernant les objets suivants⁸²: procédures concernant les certificats de formation, procédures d'asile et de renvoi, procédures concernant les droits politiques, procédures arbitrales volontaires, procédures concernant la consultation du registre foncier, procédures en relation avec la sécurité intérieure et extérieure et procédures de caractère purement procédural.

Si l'on analyse le développement de la jurisprudence du Tribunal fédéral sur le droit suisse de l'aménagement du territoire et de l'expropriation⁸³ sous cet éclairage, la question se pose de savoir si à l'avenir *tous les différends du droit de l'aménagement du territoire* seront qualifiés de «Civil Rights» et tomberont sous le coup de l'art. 6 CEDH; dans ce cas, le contrôle judiciaire d'actes de planification devrait toujours être fait par un tribunal (administratif) cantonal, dans la mesure où la conformité à la convention ne peut être établie autrement.

Pour le moment, le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir dans quelle mesure des droits de caractère civil au sens de la CEDH sont touchés dans les différends sur les *plans de zones* qui ne fondent pas simultanément le droit d'exproprier⁸⁴. Il n'y a pas de conflit avec la CEDH tant que le recours fédéral de droit administratif est exceptionnellement ouvert pour attaquer un plan de zones⁸⁵. Dans les autres cas, il faut suivre l'argumentation nuancée du Tribunal administratif bernois⁸⁶: «Dans le présent cas, il ne s'agit pas d'un plan des autorités, mais de

⁷⁸ATF 119 Ia 88 = PJA 1993, 1252 avec une remarque de ANDREAS KLEY-STRULLER.

⁷⁹ATF 117 Ia 522ss.

⁸⁰Series A no 234-B concernant des dommages-intérêts pour non-attribution par l'Etat français d'allègements de taxes postales et d'impôts; cf. aussi KLEY-STRULLER (cit. 52, PJA), 32s.

⁸¹P. ex. redevances et impôts, subventions ou aspects financiers du droit de la fonction publique.

⁸²Cf. les éléments donnés par POLEDNA (cit. 42), 69s.; VILLIGER (cit. 42), 231, no 387.

⁸³Cf. ATF 115 Ia 66ss; 114 Ia 114ss; 114 Ia 14ss (cf. aussi les critiques dans Baurecht 1990, 75s.; 1994, 74ss [U. ZIMMERLI], Baurecht 1991, 11s. [M. BORGH], RSJB 127/1991 491 [A. KÖLZ]; 118 Ia 353ss; 117 Ia 522ss; 497ss; 378ss; 116 Ib 174 cons. 2b; 115 Ia 189ss; 115 Ib 415 cons. 3c.

⁸⁴Cf. ATF 117 Ia 497ss de même que l'arrêt du 21 octobre 1993, PJA 1994, 242. Selon CLAUDE ROULLER, La protection juridique en matière d'aménagement du territoire par la combinaison des art. 6, par. 1 CEDH, 33 LAT et 98a OJ: complémentarité ou plénitude? RSJ 1994, 21ss, les différends relatifs aux plans d'affectation tombent sous le coup de l'art. 6 ch. 1 CEDH et doivent ainsi être examinés par une autorité de justice cantonale indépendante de l'administration.

⁸⁵Art. 34 LAT (RS 700); cf. év. ATF 118 Ib 11ss (Saanen/BE), 66ss; 117 Ib 9.

⁸⁶Arrêt du 10 juin 1993 (18777U PL/wi), confirmé par l'arrêt du Tribunal fédéral du 3 février 1994,

l'édiction d'une réglementation fondamentale en matière de construction (plan de zones) par le législateur communal (le corps électoral). Celui-ci est (...) tenu de délimiter sur le territoire communal la zone à bâtir de la zone agricole et de toute autre zone éventuelle et de déterminer ainsi le contenu de la propriété foncière dans le cadre de la législation fédérale (...). Surtout quand il s'agit comme ici d'un premier plan d'affectation selon les principes de la LAT et ainsi d'une première détermination, conforme à la LAT, du contenu de la propriété foncière (...), l'on ne saurait parler d'une contestation sur l'*existence d'un droit* ('contestationsur un droit', contestation sur l'existence d'un droit, sur son étendue ou ses modalités d'exercice') au sens de la jurisprudence développée par les organes de Strasbourg au sujet de l'art. 6 ch. 1 CEDH (...). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le propriétaire ne possède en principe aucune prétention à faire classer son bien-fonds en zone à bâtir; la légitimation à construire résulte seulement de l'appartenance du bien-fonds correspondant à une zone à bâtir qui corresponde aux exigences constitutionnelles et légales découlant de la nouvelle réglementation du droit foncier (ATF 118 Ib 42 et 344). Il s'agit ainsi en l'espèce de la détermination du contenu de la propriété foncière (...) par le législateur communal compétent et non pas de l'application et de l'interprétation du droit existant par une autorité exécutive. Pour ces motifs, la jurisprudence adoptée par les organes de Strasbourg et le Tribunal fédéral ne peut pas être reprise les yeux fermés dans la présente contestation de zonage.» (trad.)

Les problèmes qui se posent en relation avec des procédures dans lesquelles il faut décider «du bien-fondé d'une *accusation en matière pénale* dirigée contre (une personne)» sont moins nombreux⁸⁷. Les trois domaines juridiques suivants sont notamment importants pour le droit cantonal: dans le droit pénal des *contraventions* et des amendes d'ordre, les garanties de procédure de la CEDH sont applicables depuis l'arrêt *Belilos*⁸⁸. Par contre, l'art. 6 CEDH ne vaut pas en règle générale pour les *procédures disciplinaires*⁸⁹; en particulier les membres de certaines institutions comme des écoles ou des prisons ou de groupes professionnels comme les médecins, les avocats ou les fonctionnaires peuvent être soumis à certaines règles de comportement sans que des sanctions disciplinaires conditionnent l'application de l'art. 6 CEDH; la CEDH trouve toutefois application quand l'infraction est aussi punissable selon le droit pénal commun ou quand les règles de comportement doivent être respectées par un vaste public⁹⁰. Selon la jurisprudence constante de la Commission, les *procédures fiscales* ne tombent pas dans le champ d'application de l'art. 6 CEDH⁹¹, mais bien les procédures fiscales *pénales*⁹².

pour le moment également non publié (1P.124/1993/adc; 1P.410/1993).

⁸⁷Sur la jurisprudence relative à la qualification comme procédure d'accusation pénale, cf. HAEFLIGER (cit. 52), 127ss; POLEDNA (cit. 42), 71ss; VILLIGER (cit. 42), 231ss, nos 388ss, chacun avec des renvois.

⁸⁸Series A no 132 = EuGRZ 1989, 21ss. Cf. ATF 115 Ia 406ss.

⁸⁹Cf., par contre, Weber c. Suisse, Series A no 177 = Pra 80/1991 no 81 = VPB 54/1990 no 56.

⁹⁰VILLIGER (cit. 42), 234, no 396.

⁹¹VILLIGER (cit. 42), 233s., no 395, avec de nombreux renvois. Il n'y a pas lieu d'évaluer à quel point l'arrêt Editions Périscope, Series A no 234-B, concernant des dommages-intérêts pour non-attribution par l'Etat français d'allègements de taxes postales et d'impôts, a des effets sur cette jurisprudence.

⁹²WALTER KÄLIN/LISBETH SIDLER, Die Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK auf kantonale Steuer-

La réglementation cantonale des compétences doit attribuer à un tribunal au sens de l'art. 6 ch. 1 CEDH (ou plus exactement des art. 98ss) toutes les contestations de caractère civil ou pénal selon les critères de la jurisprudence des organes conventionnels et du Tribunal fédéral. Des difficultés se présentent avant tout pour la juridiction administrative en raison de l'interprétation large des «droits et obligations de caractère civil»⁹³. Pour pouvoir suivre la création, dynamique, du droit, il ne faut toutefois pas que le législateur bernois renonce à la clause générale éprouvée, assortie d'une énumération négative⁹⁴ pour le règlement de la compétence du Tribunal administratif. Bien que les actes de planification⁹⁵ et les concessions⁹⁶ qui échappent à la compétence du Tribunal administratif représentent des contestations civiles au sens de la CEDH et que la réglementation des compétences de la LPJA ne satisfasse ainsi pas aux exigences de la convention⁹⁷ et qu'en outre, avec l'arrêt *Périscope*⁹⁸, la question de l'admissibilité de l'exclusion de contestations de droit fiscal⁹⁹ se soit accentuée¹⁰⁰, une modification fondamentale de la répartition des compétences de la LPJA n'apparaît pas comme nécessaire: l'art. 6 ch. 1 CEDH est en Suisse du droit directement applicable¹⁰¹. Même sans autre base légale ou même en dépit de la teneur claire de la législation en vigueur, le Tribunal administratif est en conséquence compétent pour juger un litige lorsque ce dernier exige une décision d'un tribunal selon les critères de la CEDH¹⁰².

III. Indépendance des autorités de justice internes à l'administration ?

L'obligation d'indépendance selon l'art. 26 al. 1, en tant que garantie fondamentale de procédure, ne s'applique qu'aux autorités judiciaires selon les art. 97ss. Dans la mesure où des fonctions de justice sont assumées aussi par des autorités de l'administration centrale ou par d'autres agents chargés de tâches publiques, la portée de leur «indépendance» se détermine selon d'autres normes de droit constitutionnel cantonal et fédéral. Tout comme les tribunaux, les instances de justice internes à l'administration ne peuvent être mises en place que par une loi au sens formel. La Constitution consacre ce principe expressément pour les compétences juridictionnelles du Conseil-exécutif et des préfètes et préfets¹⁰³. Dans la mesure où d'autres agents chargés de tâches publiques (par exemple, des institutions) doivent se voir déléguer des fonctions juridictionnelles, il faut aussi à cet effet une réglementation

hinterziehungsverfahren, ASA 57/1989, 529ss, 547.

⁹³Cf. KLEY-STRULLER (cit. 52, PJA), 24ss.

⁹⁴Art. 74ss LPJA.

⁹⁵Art. 77 al. 1 lit. d et g LPJA.

⁹⁶Art. 77 al. 1 lit. g LPJA.

⁹⁷Cf. KLEY-STRULLER (cit. 52, PJA), 38.

⁹⁸Cf. ci-avant, notes 80 et 91.

⁹⁹Art. 77. al. 1 lit. 1 LPJA.

¹⁰⁰Cf. aussi KLEY-STRULLER, (cit. 52, PJA), 38.

¹⁰¹ATF 118 Ia 473, 333ss; ATF 111 Ia 243s.

¹⁰²De même KLEY-STRULLER, (cit. 52, PJA), 36.

¹⁰³Art. 90 lit. f; art. 93 al. 3 lit. c.

dans une loi au sens formel¹⁰⁴. Il en va de même si des unités de l'administration centrale, notamment les Directions, se chargent de fonctions juridictionnelles¹⁰⁵. La loi d'organisation peut bien entendu prévoir que ce soit l'ordonnance d'exécution qui précise quelle Direction ou quelle autre autorité est compétente pour se prononcer sur un recours administratif donné.

L'*indépendance institutionnelle* ne peut appartenir qu'aux tribunaux pénaux, civils et administratifs. Cela résulte des exigences posées par les organes de la CEDH et le Tribunal fédéral à l'indépendance institutionnelle¹⁰⁶, mais cela ressort aussi de la systématique de la Constitution cantonale elle-même qui ne garantit l'indépendance que des seuls *tribunaux*¹⁰⁷. Dans la mesure où il y a lieu de statuer sur des *droits de caractère civil ou des accusations pénales* au sens de l'art. 6 CEDH, le Conseil-exécutif peut *ne pas satisfaire* aux exigences qui sont posées pour un juge indépendant; il ne peut pas, dans ce sens, exercer de fonctions judiciaires¹⁰⁸. Dans la mesure où il s'agit de contestations purement administratives, la CEDH n'interdit pas la désignation du Conseil-exécutif comme autorité de justice¹⁰⁹.

Après une interprétation systématique, l'obligation d'*impartialité* ne se rapporte qu'aux autorités judiciaires au sens des art. 97ss. Si des autorités autres que judiciaires ont des fonctions de justice, leur obligation d'impartialité se détermine par les dispositions du droit fédéral. Le Tribunal fédéral a refusé à plusieurs reprises d'étendre l'application de l'art. 58 Const. féd., et ainsi le droit à un jugement d'un litige par des juges indépendants, à la procédure devant des autorités administratives; il garantit leur impartialité et leur indépendance par le biais de l'art. 4 Const. féd.¹¹⁰. Cette norme exige de la part des autorités exécutives un devoir de récusation si «le membre concerné de l'autorité ou le fonctionnaire a un *intérêt personnel* (mise en évidence par l'auteur) à l'affaire à traiter. Si la personne concernée prend cependant en considération des intérêts publics, il n'y a en principe pas de devoir de récusation, même si elle doit tenir compte d'intérêts contradictoires en prenant sa décision (trad).»¹¹¹ L'art. 13 CEDH garantit un droit à l'octroi d'un recours effectif et exige une *instance administrative suffisamment indépendante*, bien entendu seulement dans la mesure où celle-ci se prononce sur des violations de la CEDH¹¹². Selon la pratique des organes conventionnels, le gouvernement et les ministres (et partant les chefs des Directions) peuvent être des instances suffisantes au sens de l'art. 13 CEDH, lorsque

¹⁰⁴Art. 95 al. 2 lit. a.

¹⁰⁵Certes, la norme de délégation de l'art. 69 al. 3 prévoit que le Conseil-exécutif peut déléguer les compétences des Directions sans y être habilité par la loi à d'autres instances inférieures, en règle générale une Direction. Mais, en même temps, l'art. 69 al. 4 exige une base dans une loi au sens formel pour toutes les normes fondamentales et importantes; la réglementation de la question de savoir quelle autorité est instance de recours dans une contestation juridique (cf. art. 69 al. 4 lit. d). Le pouvoir de déléguer du Conseil-exécutif selon l'art. 69 al. 3 est dès lors limité en ce qui concerne la désignation des autorités de justice administrative.

¹⁰⁶Cf. à ce sujet ci-avant ch. II/2. ATF 117 Ia 522ss; 115 Ia 183; 103 Ib 372s.

¹⁰⁷Art. 97 al. 1; cf. aussi art. 26 al. 1.

¹⁰⁸JAB 1993, 397; peu clair, GEORG MÜLLER, Commentaire Const. féd., art. 4, no 120.

¹⁰⁹Cf. ATF 109 Ia 214.

¹¹⁰ATF 107 Ia 137, ZB1. 1979 484ss; Pra 73/1984 no 6.

¹¹¹ATF 107 Ia 137; 114 Ia 279. Cf. aussi ATF du 22 juin 1983, EuGRZ 1984, 323s.

¹¹²Cf. VILLIGER (cit. 42), 371ss.

les garanties procédurales d'un jugement impartial sont assurées¹¹³. La jurisprudence du Tribunal fédéral qui limite le devoir de récusation au cas de la collision avec des intérêts personnels apparaît même sous cet aspect comme *trop étroite*¹¹⁴.

L'art. 68 al. 4 exige que les membres d'autorités et les agents et agentes de l'administration cantonale se récusent dans toutes les affaires qui les *concernent directement*¹¹⁵. Il faut admettre que tel sera le cas quand le Conseil-exécutif aura à traiter des recours touchant à des organisations de l'administration indirecte dont certains membres participent à la formation de la volonté parce qu'ils sont représentés d'office dans l'organe correspondant¹¹⁶. Le fait d'être concerné directement et ainsi de devoir peut-être se récuser existe aussi dans la mesure où le collège gouvernemental doit se prononcer sur des recours qui se dirigent contre une décision rendue par une Direction ou qui ont été instruits par une Direction. A notre avis, seule peut être finalement satisfaisante une solution qui, en ce qui concerne les exigences d'impartialité, parte de la *mise sur pied d'égalité* des tribunaux et des autorités de justice internes à l'administration¹¹⁷.

IV. Portée et limites de la juridiction constitutionnelle cantonale

1. Principe: art. 66 al. 3

Le contrôle de la constitutionnalité des *décisions et des jugements* - en particulier dans le domaine de la justice administrative - est l'une des tâches permanentes des autorités d'application du droit. Si l'on se place sous l'angle de la séparation des pouvoirs, il importe tout particulièrement de savoir si et dans quelle mesure les autorités judiciaires, le gouvernement et les autorités de l'administration peuvent aussi déclarer des *normes législatives* contraires au droit ou à la Constitution.

L'art. 66 al. 3 dispose que les autorités de justice n'appliquent pas les actes normatifs cantonaux qui violent le droit supérieur. La disposition fonde un *type particulier* de juridiction constitutionnelle cantonale¹¹⁸. La formulation ouverte de cette disposi-

¹¹³Cf. les éléments donnés par YVO HANGARTNER, Das Recht auf eine wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK und seine Durchsetzung in der Schweiz, PJA 1994, 3ss, 9, note de bas de page 68; cf. aussi ATF 118 Ib 277 cons. 5, 111 Ib 68 cons. 4.

¹¹⁴Egalement critique, J.P. MÜLLER (cit. 52), 315; G. MÜLLER (cit. 108), no 122; KÖLZ (cit. 52), no 26; HANS PETER MOSER, Urteilsanmerkung in ZBI. 1979, 488. Les obligations de se récuser réglées à l'art. 9 LPJA peuvent satisfaire en principe à ces exigences; les règles sur la récusation selon l'art. 9 al. 3 LPJA ne sont toutefois pas applicables au Conseil-exécutif.

¹¹⁵A ce sujet, la nouvelle loi d'organisation va éclaircir les choses en ce sens que les prescriptions sur la récusation de la loi sur le personnel et de la LPJA vaudront aussi par analogie pour les membres du gouvernement; cf. art. 6 al. 1 du projet mis en consultation le 14 janvier 1994 de la loi sur l'organisation du Conseil-exécutif et de l'administration (p-LOCA).

¹¹⁶Par contre, selon le projet de nouvelle loi d'organisation, la participation d'office d'un membre du Conseil-exécutif à un organe d'une personne morale ne doit pas représenter un motif de récusation (art. 6 al. 2 du projet).

¹¹⁷Cf. aussi J.P. MÜLLER (cit. 52), 315; G. MÜLLER (cit. 108), no 122; KÖLZ (cit. 39), no 26; MOSER (cit. 114).

¹¹⁸Sur la notion de juridiction constitutionnelle cantonale, cf. WALTER KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, Berne 1987, 35ss; en outre ANDREAS AUER, Die schweizerische Ver-

tion constitutionnelle soulève assurément plus de *questions* qu'elle n'en résout et exige une mise en oeuvre évaluative par le législateur et les autorités de justice¹¹⁹. Les aspects suivants sont essentiels:

Aucune cour constitutionnelle n'est instaurée; la juridiction constitutionnelle est exercée par les autorités de justice. La Constitution n'institue pas une cour constitutionnelle véritable pour exercer la juridiction constitutionnelle mais les *autorités de justice* sont toutes tenues d'exercer le contrôle des normes. Sont telles toutes les autorités instaurées par le canton qui ont des fonctions de justice¹²⁰. En plus des autorités prévues par le droit constitutionnel pour la juridiction civile, pénale et administrative (art. 98ss), en font aussi partie les juges d'instruction intervenant dans le cadre de l'instruction pénale de même que le Ministère public¹²¹. De même sont aussi comprises les autorités de justice internes à l'administration dans la mesure où elles interviennent comme autorités de *justice* administrative et où elles rendent des décisions sur recours¹²². Mais la teneur de la norme constitutionnelle ne laisse pas entrevoir directement dans quelle mesure les autorités administratives¹²³ sont tenues au contrôle des normes; la Commission de la révision constitutionnelle omet volontairement de citer nommément les autorités de justice administrative et en laisse la concrétisation à la législation et à la pratique¹²⁴.

Il en va de même de la question de savoir si les autorités cantonales de justice sont *d'office* tenues au contrôle de la conformité des normes au droit et à la Constitution ou si elles ne le sont que sur *demande* des parties. Alors que le texte de la Constitution fixe de manière apodictique que les autorités de justice n'appliquent pas les actes normatifs qui violent le droit supérieur et établit par conséquent un devoir de contrôle intervenant d'office, la question doit rester ouverte, selon l'avis de la Commission de la révision constitutionnelle, de savoir si le contrôle des normes est à effectuer d'office ou seulement si la demande en est faite par les parties¹²⁵.

L'art. 27 al. 2 pose le principe que quiconque assume une tâche publique doit respecter les droits fondamentaux et contribuer à leur réalisation. Certes, selon cette disposition, ce sont non seulement les autorités de justice mais aussi les autorités administratives (en font également partie tous ceux assumant une tâche publique, pour autant qu'ils aient une compétence de décision)¹²⁶ qui doivent respecter les

fassungsgerichtsbarkeit, Bâle entre autres 1984.

¹¹⁹Sur la concrétisation de la Constitution, cf. JÖRG PAUL MÜLLER, *Éléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, Berne 1983, 45s.; KONRAD HESSE, *Grundzüge des Verfassungrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 19e éd., Heidelberg 1993, 24ss.

¹²⁰Ainsi les autorités communales semblent être exclues du champ d'application de l'art. 66 al. 3. En fait, cela ne paraît toutefois à tout le moins pas évident quand ces autorités interviennent en tant qu'*«autorités de justice»*. C'est pourquoi, on peut bien être d'avis que la notion d'*«autorité de justice»* doit être comprise de manière fonctionnelle.

¹²¹Il en ira de même si la législation introduit des autorités, inconnues jusqu'ici, comme le juge de l'arrestation; cf. Réorganisation de l'administration de la justice et des tribunaux (cit. 31). Rapport du 21 avril 1994, 13s.

¹²²Sur la terminologie, cf. art. 2 al. 3 LPJA; cf. aussi rapport I/99.

¹²³Les autorités administratives sont des autorités qui statuent d'office ou sur requête d'une partie (cf. art. 2 al. 2 LPJA).

¹²⁴Rapport I/100.

¹²⁵Rapport I/99s.

¹²⁶Cf. art. 95 al. 1.

droits fondamentaux. Dans l'intérêt de la sécurité du droit et à la lumière de l'art. 66 al. 3, il apparaît cependant opportun de limiter le pouvoir ou plus exactement le devoir du contrôle concret des normes aux *autorités de justice*¹²⁷. Ce qui correspond au principe de l'*application d'office du droit* («iura novit curia»), selon lequel les autorités de justice ne sont pas liées par la motivation des conclusions des parties, mais doivent appliquer la règle considérée comme juste à l'état de fait constaté¹²⁸. Ce principe s'applique dans la procédure administrative de la même manière qu'en procédure civile et pénale¹²⁹. L'obligation du contrôle des normes résulte du reste aussi du *principe* bien compris de la *légalité*. Au cas où l'examen de la constitutionnalité d'un acte normatif n'aurait pas été demandé par les parties, l'autorité de justice doit assurément leur reconnaître le *droit d'être entendues* (art. 26 al. 2) et leur communiquer qu'elle envisage aussi d'examiner le litige sous l'aspect de la conformité au droit supérieur des normes juridiques appliquées; dans la mesure où les parties peuvent disposer de l'objet du litige, il leur sera alors possible de retirer leur recours ou de modifier leurs conclusions.

Une contestation ne peut conduire qu'à un contrôle dit concret et non pas aussi abstrait des normes. Dans le cadre de la juridiction constitutionnelle bernoise, ce qui est contrôlable, c'est la compatibilité des *actes normatifs cantonaux* avec le droit supérieur. Aucune contestation abstraite des normes législatives ne pourra être formée immédiatement après leur publication. Au contraire, la juridiction constitutionnelle s'exerce dans le cadre de la contestation d'un acte particulier, lorsqu'il est invoqué que le contenu de la norme sur laquelle il se base est contraire à la Constitution (contrôle concret - ou préjudiciel - des normes)¹³⁰.

La question de savoir dans quelle mesure les *actes normatifs communaux* peuvent être contrôlés à titre préjudiciel par les autorités cantonales de justice n'est pas facile à résoudre sur la seule base de l'art. 66 al. 3. Mais un tel contrôle ne peut pas non plus se trouver en contradiction avec l'*autonomie communale* lorsque la violation constatée du droit supérieur est passée inaperçue lors de l'approbation de l'acte normatif communal en question, car l'approbation n'efface pas l'illicéité¹³¹.

2. Examen préjudiciel des actes normatifs cantonaux quant à leur conformité à la Constitution cantonale

En vertu de l'art. 66 al. 3 en relation avec l'art. 27 al. 2, toutes les *autorités de justice* cantonales sont donc tenues d'office à l'examen préjudiciel des actes normatifs cantonaux pour autant que leur conformité aux droits fondamentaux soit mise en

¹²⁷Pour la juridiction constitutionnelle dans ce contexte, cf. aussi WALTER KÄLIN, *Das Verfahren des staatsrechtlichen Beschwerde*, 2e éd., Berne 1994, 390; IDEM, (cit. 118, ZB1), 233ss, en particulier 237.

¹²⁸FRITZ GYGI, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, 2e éd., Berne 1986, 211ss.

¹²⁹ALFRED KÖLZ, *Prozessmaximen im schweizerischen Verwaltungsprozess*, 2e éd., Zurich, 10; ROBERT HAUSER, *Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozessrechts*, 2e éd., Bâle 1984, 144; cf. ATF 72 IV 11; 103 IV 62; MAX KUMMER, *Grundriss des Zivilprozessrechts*, 4e éd., Berne 1984, 76; WALTHER J. HABSCHIED, *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht*, 2e éd., Bâle entre autres 1990, no 391ss.

¹³⁰Cf. sur le tout, KÄLIN (cit. 127), 132ss.

¹³¹JAB 1976, 448 cons. 1.

doute. Compte tenu du principe de l'*unité de la Constitution*, il ne saurait y avoir différentes catégories de droit constitutionnel dans le domaine procédural. C'est pourquoi l'examen porte logiquement sur toutes les normes créant des droits fondamentaux, c'est-à-dire aussi celles du droit constitutionnel fédéral et les garanties de la CEDH. L'autorité de justice exerçant le contrôle constitutionnel ne peut toutefois pas assumer des fonctions de législateur, mais est limitée à la réalisation des normes constitutionnelles dont on lui demande la protection¹³². L'unité de la jurisprudence constitutionnelle n'est pas plus menacée par cette règle que si l'interprétation de la Constitution était réservée aux autorités cantonales suprêmes¹³³. Avec cette solution, la nouvelle Constitution dépasse la pratique antérieure et renforce considérablement la juridiction constitutionnelle¹³⁴.

Le fait que les autorités de *décision* ne soient pas légitimées par leur fonction au contrôle concret d'office des normes ne les libère assurément pas de l'obligation de procéder à l'examen quand les parties le requièrent¹³⁵. La Constitution ne s'opposerait pas à l'inscription dans une loi formelle d'un «droit de décision préjudicielle». Ainsi, les autorités administratives pourraient par exemple être requises de suspendre la procédure et de soumettre la question de la conformité à la Constitution à l'autorité cantonale de dernière instance¹³⁶.

3. Examen de la conformité à la Constitution et à la loi des ordonnances du Conseil-exécutif

Le contrôle de la légalité et de la constitutionnalité des ordonnances est partie de l'application du droit dans les cas d'espèce et, en tant que tel, doit être entrepris par toutes les autorités de justice. Cette règle est problématique lorsque des autorités de justice internes à l'administration (Directions, préfètes ou préfets) doivent se prononcer sur la régularité d'ordonnances du Conseil-exécutif, alors qu'elles lui sont hiérarchiquement inférieures et que le Conseil-exécutif jouit à leur égard d'un droit d'injonction par le biais d'ordres de service ou d'ordonnances administratives, passible de sanctions disciplinaires¹³⁷. Si ces autorités sont liées aux ordonnances, elles ne

¹³²Cf. JÖRG PAUL MÜLLER, *Demokratische Gerechtigkeit*, Munich 1993, 173.

¹³³Dans la mesure où des autorités cantonales ont examiné la conformité d'actes normatifs cantonaux à la Constitution, leur jurisprudence doit être rendue transparente.

¹³⁴Cf. JAB 1985, 5; 1983, 150 cons. 3a. Rapport I/99s. Partie II/art. 66 remarque 8.

¹³⁵Si, par exemple, les préfètes et les préfets n'interviennent pas comme autorités de justice administrative mais comme autorités administratives et s'ils ne disposent eux-mêmes d'aucune formation de juriste, il faut leur adjoindre des collaboratrices ou collaborateurs juridiques.

¹³⁶Cf. à ce sujet l'art. 100 de la Loi fondamentale allemande: «Si un tribunal estime qu'une loi, dont la validité est décisive pour statuer, est contraire à la constitution, la procédure doit être suspendue et, s'il s'agit d'une violation de la constitution d'un Land, il faut demander une décision au tribunal du Land compétent pour les litiges constitutionnels, et s'il s'agit d'une violation de la Loi fondamentale, à la Cour constitutionnelle fédérale. Cela vaut aussi lorsqu'il s'agit d'une violation de cette Loi fondamentale par le droit d'un Land ou de l'incompatibilité d'une loi d'un Land avec une loi fédérale.» (trad.). Dans le même sens aussi, la décision préjudicielle de la Cour européenne (art. 177 du Traité instituant la Communauté européenne, du 25 mars 1957, nouvelle version en vigueur au 1.11.1993, BGBI.II, 1947ss).

¹³⁷Sur le fait que les autorités administratives sont liées aux ordonnances du Conseil-exécutif, cf. aussi ATF 100 Ib 17 cons. 4b.

peuvent donc pas exercer complètement leur tâche d'organe de justice; en outre il s'ensuit que la cognition de l'instance de recours irait plus loin que celle de l'autorité administrative¹³⁸. De par la Constitution, le Conseil-exécutif ne peut pas interdire aux autorités (de justice) qui lui sont inférieures hiérarchiquement l'examen de la constitutionnalité de ses ordonnances, à tout le moins dans la mesure où sont en cause des droits fondamentaux¹³⁹. La solution pratiquée jusqu'ici selon laquelle les autorités subordonnées au Conseil-exécutif ne sont pas liées à une ordonnance dans le seul cas où cette dernière est manifestement contraire au droit¹⁴⁰, ne peut en conséquence pas être maintenue. Le Conseil-exécutif doit instaurer une procédure qui garantit cet examen. On peut aussi envisager ici que les autorités administratives et les autorités de justice administrative soumises à sa surveillance suspendent la procédure et - dans le sens d'un droit de décision préjudicielle - fassent exécuter le contrôle des normes par le Conseil-exécutif lui-même ou par une autorité désignée par lui. Dans la mesure où les autorités de justice sont tenues à l'examen de la constitutionnalité, elles sont aussi fondées à procéder à l'examen de la légalité.

4. Contrôle des normes cantonales quant à leur compatibilité avec le droit fédéral

A propos de l'examen de la conformité des actes normatifs cantonaux avec la *Constitution* fédérale, le Tribunal fédéral a fixé le standard minimal: les «autorités cantonales suprêmes» sont tenues directement de par la Constitution fédérale de contrôler la compatibilité du droit cantonal qu'elles appliquent avec la Constitution fédérale et de ne pas appliquer le droit reconnu comme contraire à la Constitution¹⁴¹. La jurisprudence du Tribunal fédéral ne permet pas de conclure si cet examen doit intervenir d'office ou seulement sur demande.

Dans le cadre de leur *autonomie en matière de procédure*¹⁴², les cantons sont libres de garantir le droit fédéral en dépassant les exigences minimales du Tribunal fédéral. C'est pourquoi, ils peuvent obliger également les autorités de justice d'un degré inférieur à examiner la conformité à la Constitution fédérale des actes normatifs cantonaux¹⁴³. Une telle obligation comporte cependant le danger qu'une jurisprudence constitutionnelle développée par des instances cantonales conduise, au-delà de la simple application, à une véritable *concrétisation* de la *Constitution fédérale* et ainsi menace l'unité de la jurisprudence¹⁴⁴.

¹³⁸Ainsi, déjà, JAB 1983 150 cons. 3a.

¹³⁹Art. 27 al. 2.

¹⁴⁰JAB 1983 151 cons. 3b.

¹⁴¹ATF, 112 Ia 313. Cf. ATF 109 Ib 85 cons. 3; 104 Ia 82ss; 91 I 314; 82 I 219.

¹⁴²Cf. en particulier les art. 64 (justice civile) et 64 bis (justice pénale) Const. féd.

¹⁴³Une telle obligation découle déjà du principe de l'application d'office du droit; cf. à ce sujet ci-avant ch. IV/2.

¹⁴⁴Cf. KÄLIN (cit. 118, ZBI), 243. Ce risque existe également dans la mesure où les autorités cantonales suprêmes contrôlent la conformité des actes législatifs cantonaux à la Constitution fédérale; en outre, de larges pans du droit fédéral, notamment le droit civil et le droit pénal, sont principalement appliqués par les instances cantonales de sorte que, dans ce cas également, l'unité de la jurisprudence n'est pas garantie.

Ce danger existe toutefois aussi dans la mesure où les autorités cantonales suprêmes examinent la conformité d'actes normatifs avec la Constitution fédérale; en outre, de larges pans du droit fédéral du niveau de la loi, notamment le droit civil et le droit pénal, sont appliqués principalement par les instances cantonales, de sorte que là non plus, l'unité de la jurisprudence n'est pas garantie.

Dans la mesure où des autorités cantonales de justice fondent aussi leur décision sur du droit cantonal ou communal qui exécute et concrétise le droit (lois et ordonnances) de la Confédération, elles sont tenues dans le cadre de leurs attributions d'*appliquer le droit d'office*¹⁴⁵. Elles sont alors aussi tenues d'examiner la conformité du droit cantonal ou communal qu'elles appliquent avec le droit fédéral (cf. art. 2 disp. trans. Const. féd.).

5. Possibilité de contrôler la compatibilité de normes fédérales avec le droit fédéral de rang supérieur

La Constitution ne répond pas à la question de savoir si et dans quelle mesure des autorités cantonales peuvent vérifier la compatibilité de textes normatifs de droit fédéral avec le droit fédéral de rang supérieur. Selon le droit fédéral, les cantons peuvent examiner la compatibilité des ordonnances du Conseil fédéral avec le droit fédéral de rang supérieur; concernant les lois fédérales et les traités internationaux, les autorités cantonales doivent cependant, comme les autorités de justice de la Confédération, s'en tenir à la limitation générale posée par l'article 113 al. 3 Const. féd.¹⁴⁶.

Traduction: Olivier von Allmen

¹⁴⁵Cf. à ce sujet ci-avant ch. IV/2.

¹⁴⁶Cf. WALTER HALLER, Commentaire Const. féd., art 113, nos 142ss.

COMMUNES

ULRICH ZIMMERLI

I. Bases

1. Importance des communes

L'art. 3 de la Constitution fédérale¹ prévoit, on le sait, une compétence générale, subsidiaire et vaste des cantons en tant qu'Etats membres. Ce n'est que là où la Constitution fédérale attribue une tâche à la Confédération que celle-ci peut légiférer. Les nouvelles tâches fédérales nécessitent donc un additif constitutionnel. Ainsi, la répartition fédérale des compétences entre la Confédération et les cantons est réglée de manière exhaustive.

Par contre, la répartition des tâches *entre cantons et communes* n'est réglée ni à l'art. 3 Const. féd. ni dans aucune autre disposition de la Constitution fédérale. L'existence des communes n'est même pas garantie expressément dans la Constitution fédérale. L'art. 1 Const. féd. énumère les cantons *sans* toutefois faire mention des communes, car ce n'est pas l'affaire du droit fédéral de préciser² la structure interne des cantons en tant que membres de la Confédération³. Les cantons sont donc en principe libres de décider s'ils entendent partager leur territoire en communes, et de déterminer quelles tâches doivent être assumées avec quelles structures. Cependant les communes sont mentionnées dans quelques dispositions de la Constitution fédérale: art. 43 al. 4 et 5 (liberté d'établissement), art. 44 al. 2 et 3 (droit de cité), art. 110 al. 2 (compétence du Tribunal fédéral). Certaines lois fédérales s'appliquent aussi parfois *directement* aux communes⁴ (p. ex. l'art. 1 de la loi sur l'aménagement du territoire⁵)⁶. Cette approche neutre de la notion de «communes» au niveau fédéral ne permet pas de déduire une compétence fédérale de réglementer les «communes» comme corporations territoriales. De même, la Confédération n'est pas non plus habilitée par le droit constitutionnel en vigueur à contraindre les cantons ou les communes à coopérer au niveau régional⁷.

¹Constitution fédérale du 29 mai 1874 (Const. féd.; RS 101).

²Cf. JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Commentaire Const. féd., art. 1, no 48.

³ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 3^e éd., Zurich 1993, no 168.

⁴PETER SALADIN, Commentaire Const. féd., art. 3, no 256.

⁵Loi fédérale du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire (LAT; RS 700).

⁶Cf., sur le tout, DANIEL ARN, Die Zuständigkeitsordnung im bernischen Gemeinderecht, th., Berne 1992, 21, 43; THOMAS PFISTERER, Die neue Entwicklung der Gemeindeautonomie, insbesondere im Kanton Argau, RSJB 1989, 2; URS PHILIPP ROTH-CUONY, Die Übertragung von Bundesaufgaben an die politischen Gemeinden, Zurich 1978, de même que notamment DANIEL THÜRER, Bund und Gemeinden, eine rechtsvergleichende Untersuchung zu den unmittelbaren Beziehungen zwischen Bund und Gemeinden in der Bundesrepublik Deutschland, den Vereinigten Staaten von Amerika und der Schweiz. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Heidelberg entre autres 1986.

⁷Cf. aussi DANIEL ARN/UELI FRIEDERICH, Gemeindeverbindungen in der Agglomeration, Bericht